

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
	Magistrado ponente: Enrique Dussán Cabrera
Neiva	Catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.	
Demandante	María del Carmen Montealegre Guzmán	
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.	
Radicación	41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146
Asunto	SENTENCIA	Número: S-046
Acta de Sala N°	026.	De la fecha.

1. ANTECEDENTES.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda.

2. DE LA DEMANDA (FI. 2 a 11).

2.1. Las pretensiones.

La señora María del Carmen Montealegre Guzmán, mediante apoderado, solicita se declare la nulidad parcial de la resolución No. 270 del 26 de enero de 2016, y la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SAC No. 2016RE7952 del 12 de septiembre de 2016 expedidos por la Secretaría de Educación Departamental Huila – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual se le reconoció y ordenó el pago de una pensión, y se atiende de forma desfavorable la solicitud de revisión de pensión de jubilación, relacionada con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al status pensional.

En igual sentido solicita se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, debe cesar el descuento del 12% en salud a las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre a partir del reconocimiento y expedición de la resolución que lo ordena, y ordenar el reintegro de las sumas descontadas por este concepto.



Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01

Rad. Interna. 2017-0146

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada reajustar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año anterior al cumplimiento del status de pensionado como asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, y demás emolumentos devengados y con los correspondientes incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, a partir del día siguiente a la fecha en que adquirieron el status pensional de conformidad y en concordancia con la ley 6 de 1945 y/o el decreto 3135 de 1968, reglamentado por el decreto 1848 de 1969.

Pide se condene a la entidad demandada a reconocer las diferencias de las mesadas generadas de la pensión de jubilación, por la inclusión de todos los factores salariales según la petición anterior, en la suma liquidada sobre de 75% de todos los factores salariales devengados y acreditados, desde la fecha en que adquirió el status pensional y se hizo efectiva la mesada hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a reconocer, debidamente actualizados con el Índice de Precios al Consumidor; además de los intereses moratorios.

2.2. Los Hechos.

Se expone que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, mediante resolución No. 270 del 26 de enero de 2016, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora María del Carmen Montealegre Guzmán pero no le fue tenido en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, y demás emolumentos devengados.

Advierte que el 22 de agosto de 2016 solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reajuste y la inclusión de todos los factores salariales así como el cese del descuento del 12% en salud de las mesadas adicionales y el reintegro de los dineros descontados por este concepto; la cual fue resuelta de manera desfavorable.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera que se infringieron los siguientes preceptos: Constitucionales: preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, y 53. Legales: ley 6 de 1945 y/o decreto 3135 de 1968, reglamentado por el decreto 1848 de 1969 y la ley 33 de 1985, infiriéndose que el actor alude a la causal de violación de normas superiores, al desconocer los fines esenciales del Estado, el derecho a la igualdad, no protección del derecho al trabajo como a la seguridad social del demandante y la jurisprudencia del 4 de agosto de 2010.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 3 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fs. 42 a 52 y 63 a 66).

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que los actos administrativos se ajustan a derecho, pues la prestación fue reconocida siguiendo los lineamientos de la ley 33 de 1985, ley 91 de 1989, ley 812 de 2003, normas según las cuales, no hay lugar a reconocimiento de los factores salariales que el actor reclama, dado que las normas establecen que solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar aportes a pensión, por lo que acceder a tal pretensión, sería contrario al ordenamiento jurídico.

Propone las excepciones de:

Propone las excepciones de: **I) Falta de integración del contradictorio – Litis consocio necesario-**. Sostiene que el Ministerio de Educación Nacional no es el administrador no vocero del FOMAG y en tal virtud no le compete adelantar las acciones tendientes al reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones de los docentes o sus beneficiarios. **(II) Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante.** Afirma que los actos administrativos demandados se encuentren conforme a derecho bajo los preceptos de ley aplicables al caso en concreto. **(III) Buena fe.** Afirma que la entidad ha obrado bajo el principio de la buena fe, pues no se puede reconocer una prestación y afectar el gasto público con ellas, si las mismas carecen de fundamento legal y requisitos mínimos exigidos para su reconocimiento. **(IV) Prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda y/o reclamación administrativa.**

Considera que se propone respecto de las mesadas pensionales anteriores a tres años a partir de la presentación de la demanda correspondiente. **(V) Inexistencia de la vulneración de principios legales.** Expone que la negativa de la solicitud se hizo con base en el ordenamiento jurídico existente por lo que no se trasgredió ningún principio legal, por lo que las pretensiones de la demanda deben ser desatendidas. **(VI) Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación Ministerio de Educación.** Expone que se desconoce la distribución de roles establecidos en las normas vigentes que regulan la materia y en el contrato de fiducia mercantil No. 083 de 1990. **(VII). Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad**



territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir acto administrativo y reconocer el derecho reclamado. Expone que el acto administrativo que se aduce como título ejecutivo no fue expedido por el Ministerio de Educación, sino que es un acto administrativo que contiene la voluntad de la Secretaria de Educación Territorial y no de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda. **(VII) Nominadas y genéricas.**

Solicita se tenga como Litis consorte necesario a la entidad territorial Departamento del Huila – Secretaría de Educación Departamental y a la Fiduprevisora S.A.

4. EL JUZGADO RESUELVE SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO (fl. 74 a 76)

Mediante providencia de fecha 14 de junio de 2017 (por fuera de audiencia), la Juez resolvió negar la solicitud de la parte demandada relacionada con la integración del Litis Consorcio necesario del Departamento del Huila Secretaria de Educación Departamental del Huila y la Fiduciaria la Previsora S.A. – FIDUPREVISORA E.I.C.E.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

5.1. Parte actora (f. 86 a 89 y CD audiencia inicial).

Reitera la posición inicial dentro de las pretensiones de la demanda respecto del derecho de la accionante a que se reliquide su pensión con todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, en aplicación de la sentencia del 4 de agosto de 2010.

En lo relacionado con el descuento del 12% de las mesadas adicionales por concepto de salud, solicita se dé aplicación a la sentencia del 12 de junio de 2017, rad. 410013333004 de 2015 00176 M.P. Jorge Alirio Cortés providencia en la cual se establece que no es procedente dicho descuento.

5.2. Parte demandada (f. 86 a 89 y CD audiencia inicial).

Sostiene que se ratifica en los argumentos expresados en la contestación de la demanda, e insiste que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, pues considera que los actos administrativos demandados fueron expedidos conforme al principio de

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 5 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

legalidad y al tenor de las normas legales y jurisprudencia vigente en ese momento.

Sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre considera que estos descuentos tienen un claro sustento normativo y que no hay una posición unificada del máximo órgano de cierre del Tribunal Contencioso Administrativo, y que en el Tribunal del Huila existen diversas posiciones al respecto, por lo que al tener dicho descuento un fundamento normativo, no hay lugar a acceder a la pretensión.

5.3. Ministerio Público (f. 86 a 89 y CD audiencia inicial).

Advierte que en lo relacionado con la reliquidación de la pensión de jubilación y la inclusión de los factores salariales debe ser aplicada la ley 33 del 85 modificada por la ley 62 del 85 y la sentencia del 4 de agosto de 2010, por lo que solicita a la juez de instancia, declare la nulidad parcial de los actos demandados y despache favorablemente las pretensiones que corresponda a esa declaración, dando aplicación al fenómeno de la prescripción.

Sobre la suspensión y reintegro del 12% sobre las mesadas adicionales, señala que el marco normativo que regula la materia estada dada por la ley 91 del 89, ley 812 de 2003, ley 100 de 1993 y la ley 797 de 2003, donde el espíritu de estas disposiciones corresponde al principio de solidaridad que sustenta el sistema de seguridad social de nuestro país.

Expone que la ley 100 del 93 crea el sistema de seguridad social y consagra las excepciones a este sistema como sucede con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual es reglado como un régimen especial en la ley 91 de 89, lo cual fue ratificado por la ley 812 de 2003, y por el acto legislativo 001 de 2005, por lo que debe tenerse en cuenta la sentencia C – 369 de 2004 que declaró exequible el inciso cuarto del artículo 81 de la ley 812 de 2003 ratificando la excepción y aclarando que no se viola el principio de igualdad.

Considera que al existir norma especial para el sector docente, este debe aplicarse por encima de las disposiciones del régimen general, es decir el establecido en la ley 100 del 93 en el entendido de que el sistema de salud de los docentes no comparten la financiación y sostenibilidad de este ley, y que el régimen general establecido en esta ley es un sistema compartido que se sostiene por la cotizaciones y cuotas moderadoras, mientras que en el sistema de salud docente todos hacen uso del mismo sin asumir costos adicionales.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 6 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

Concluye que el descuento previsto en la ley 91 del 89 es aplicable a cada una de las mesadas incluyendo las adicionales de junio y diciembre puesto que van con destino a la salud, lo que garantiza el cumplimiento de los principios de sostenibilidad y solidaridad propios del régimen, por lo que solicita negar las pretensiones de la demanda respecto de este descuento.

6. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 86 a 89 y CD).

El Juzgado Quinto Administrativo de Neiva el 28 de septiembre de 2017 en audiencia inicial concentrada, decide negar las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se exponen a continuación:

Afirma que para el caso del personal docente vinculado antes del 27 de junio de 2003, esto es, antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, estos se encuentran amparados por el régimen legal de la ley 33 del 85, se da por remisión legal de la ley 91 del 89 y no por aplicación del régimen de transición de la ley 100 del 93.

Expone que si bien en la sentencia SU-230 de 2015 se fijan unas reglas de interpretación del ingreso base de liquidación respecto de los regímenes de transición señalados en la ley 100 del 93, no es menos cierto que al ser un pronunciamiento en sede de constitucionalidad abarca aspectos sobre el sistema de pensiones.

Afirma que en sentencia SU- 427 de 2016 la Corte Constitucional indicó que no se puede acceder a una pensión por fuera del sentido conforme a la carta, situación que ocurre en aquellos casos que bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y el ingreso base de liquidación decidida por una Corporación de cierre, se obtienen ventajas irracionales frente a la verdadera historia laboral del peticionario, lo cual suele presentarse en situaciones donde los servidores públicos de régimen especial, incrementan de manera significativa sus ingresos que en realidad no corresponden con su vida laboral y por el contrario representa un salto abrupto en los salarios recibidos en toda su historia productiva como ocurre con la prima de servicios y la bonificación del decreto 1566 del 2014 que se pagó en el lapso comprendido entre el 1 de julio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, lo que significa que el caso de los docentes que adquieren el status pensional en el segundo semestre del 2014 o durante el año 2015, si bien percibieron la prima de servicios, lo hicieron por una o dos veces y lo hicieron dentro del tiempo cercano a adquirir el status pensional; factor salarial que no se refleja a lo largo de su trayectoria laboral.



Expone que de acuerdo con los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia que deben imperar en el sistema pensional equitativo, considera que como el trabajador no los percibió en buena parte de su vida laboral sino en el último periodo antes de adquirir el status pensional, ello no refleja los ingresos periódicos devengados por el trabajador, lo que constituiría una imposición desproporcionada a los principios y finalidades de la seguridad social establecido por la Corte Constitucional en sentencia 230 de 2015.

Frente a los descuentos en salud señala que se tiene que la ley 100 del 93 establece que a los docentes no se les aplica lo señalado en esta ley sino lo dispuesto en la ley 91 del 89, y que en concepto del 10 de septiembre de 2009, rad. 1857 C.P. Enrique José Arboleda Perdono reiterado en concepto del 11 de marzo de 2010, rad. 1988 C.P. William Zambrano Cetina, se indicó que los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003 les sería aplicable únicamente lo dispuesto en esta norma, y que en cuanto a las mesadas adicionales los artículos 50 y 142 de la ley 100 del 93 regularon las denominas mesadas adicionales y que el numeral quinto de la ley 91 del 89 dispuso que entre los recursos que constituyen el Fondo se encuentra el 5% que hacen los afiliados de sus mesadas pensionales incluyendo las mesadas adicionales.

Señala que posteriormente el artículo 81 de la ley 812 de 2003, modificó la posición anterior y estableció que el valor total de la tasa de cotización de los docentes, pasaría de un 5% a un 12% de acuerdo a lo señalado en la ley 100 del 93, y la ley 797 de 2003, que posteriormente fue incrementado al 12.5 %, y finalmente de acuerdo con la ley 1250 de 2008 se fijó un porcentaje del 12%.

Advierte que el inciso cuarto del artículo 81 de la ley 812 de 2003 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia del C- 369 de 2004.

Advierte que el decreto 1073 de 2002 mediante el cual se reglamenta los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecida en la ley 100 del 93, prohibió los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales de los beneficiarios de dicho régimen; y que no obstante el Consejo de Estado estableció que dicho decreto no tiene aplicación a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (sentencia 9 de agosto del 2012 C.P. Alfonso Vargas Rincón rad. 11001031500020120128600.

Por lo anterior considera que a los docentes si se les debe aplicar los descuentos de las mesadas adicionales de junio y diciembre tal como



lo dispone la ley 91 del 89, con la modificación que se introdujo posteriormente a partir de la ley 812 de 2003.

Afirma que frente al presente caso se tiene demostrado que fue vinculada al servicio educativo el 7 de febrero de 1983 siendo la entidad nominadora la Secretaría Departamental del Huila, que le fue reconocida la pensión de jubilación mediante resolución 0270 del 26 de enero de 2016, efectiva a partir del 27 de junio de 2015, que en petición radicada del 22 de agosto de 2016 solicitó la re liquidación de la pensión y el cese de los descuentos del 12% de los descuentos en salud, la cual fue negada.

Expone que revisados los factores salariales tenidos en cuenta como base de la liquidación de la pensión de jubilación se observó que le fue incluido el promedio de la asignación básica mensual, 1/12 prima de navidad, 1/12 prima de vacaciones, y que según el certificado de salarios devengados en el año anterior a adquirir el status pensional entre 27 de junio de 2017 al 26 de junio de 2015, además de los factores ya enunciados no se le incluyó la prima de servicios.

Advierte que negará reliquidación de la pensión, pues no observa que la docente haya devengado lo prima de servicios a lo largo de su vida laboral.

Frente a los descuentos en salud considera que los mismos no deben suspenderse en las mesadas adicionales, puesto que los docentes gozan de un régimen especial dispuesto en la ley 91 de 1989 y la ley 812 de 2003, y no deben extenderse todas las normas establecidas para la ley 100 de 1993, e indica que acoge lo indicado por el Ministerio público y se aparte de la posición adoptada por el Tribunal. .

Por lo anterior decide negar las pretensiones de la demanda, y condenar en costas a la demandante

7. RECURSO DE APELACIÓN

7.1. Parte demandante (fs. 93 a 98).

El apoderado de la parte demandante, afirma que la pensión de jubilación se debe re liquidar con todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la causación del status acogiendo los argumentos esgrimidos en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; y que frente al descuento del 12% en salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% con destino al pago de cotización por cuanto existe



norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con el mes de junio la norma señala taxativamente que esta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; además porque el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual podría efectuarse en las dos mesadas que percibe tanto en junio como en diciembre lo que equivaldría al 24 % de cada uno de estos meses.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

8.1. Parte Actora (fs. 14 a 18 del cuaderno de segunda instancia).

Afirma que las altas Cortes para resolver la ambigüedad interpretativa respecto de la pensión de jubilación de los docentes ha acudido al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la C.P., en virtud del cual, en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho que ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios, siendo entonces las disposiciones a tener en cuenta la ley 6 de 1945 y la ley 33 de 1985, ya que al liquidar la pensión de jubilación hay que tener en cuenta todo lo percibido por el peticionario durante el último año de servicios en que adquirió el derecho a dicha pensión (definiéndose en la ley 6 de 1945 como salario o sueldo, no solo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución de sus servicios) y no aquellos sobre los cuales haya efectuado aportes al Fondo, entre otras porque de ser así no habría lugar a reconocimiento, dada la ausencia de ellos.

Advierte que sobre el descuento del 12% en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, las cotizaciones en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se aplican las disposiciones de la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que corresponden a al régimen general y no al contenido en el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, toda vez que el régimen de salud para los afiliaos al Fondo, es el previsto en la ley 91 de 1989, pues la ley 812 de 2003, ratifica la especialidad en cuanto a la prestación del servicio médico y a la administración de los recursos destinados a este servicio, no así en cuanto al régimen de cotizaciones que se remite a las normas contenidas en la ley 100 de 1993 y 793 de 2003.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 10 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

8.2. Entidad Demandada (fs. 19 a 20 cuaderno de segunda instancia).

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señala que no existe a cargo de la entidad la obligación legal de reconocer la prestación en los términos solicitados por la demandante, como quiera que la negación del reconocimiento de la prestación se efectuó con base en el ordenamiento jurídico existente y por lo tanto la negación de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta las normas de orden constitucional, legal y reglamentario, por lo que ni hay lugar a reconocimiento y pago de una reliquidación pensional de jubilación.

8.3. Ministerio Público (fs. 22 cuaderno de segunda instancia).

No emitió concepto.

9. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

9.1. Competencia.

1. Como el proceso es de competencia de los jueces administrativos en primera instancia de conformidad con el artículo 155, numeral 2 en concordancia con el 156 inciso 3 del CPACA, el Tribunal es competente para conocer la segunda instancia al así preverlo el artículo 153 ibídem y como quiera que se trata de la sentencia que decide el litigio planteado, esta es apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA.

9.2. Asunto jurídico a resolver.

2. Conforme la apelación presentada por la parte actora y acorde a lo establecido en el artículo 328 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, debe determinarse si la señora María del Carmen Montealegre Guzmán tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio anterior al status pensional en aplicación de la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

3. También se debe establecer si no existe fundamento legal para realizar los descuentos de seguridad social por concepto de salud a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA	Página 11 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán	
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio	
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146

9.3. Del fondo del asunto.

9.3.1. Régimen prestacional de los docentes.

4. El Decreto Ley 2277 de 1979, estatuto docente, consagra un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, dicho régimen se halla consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año.

5. Sin embargo con posterioridad a éstas leyes, se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en el numeral 1 de su artículo 15 estipuló que **“1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.**

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.”

6. En materia pensional el literal b del numeral 2 del mencionado artículo 15 de la ley 91 de 1989, estableció que **“Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”** (Subraya y negrilla de la Sala).

7. En el año 1993 fue regulado el Sistema Integral de Seguridad Social, por la ley 100 de dicho año, cuyo artículo 279 inciso 2 excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que continuaron rigiéndose por régimen legal anterior en materia pensional que no es otro que el regulado en el literal b del numeral 2 del mencionado artículo 15 de la ley 91 de 1989, pues la ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), no consagró un régimen especial en materia pensional, señalando en su artículo 15 que **“El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley”**.

8. La Ley 812 de 2003 (vigente a partir del 27 de junio de 2003¹), en los incisos primero y segundo estableció el nuevo régimen de pensiones para los docentes:

¹ Diario Oficial No. 45.231



Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01

Rad. Interna. 2017-0146

“Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

9. Por su parte el Parágrafo Transitorio 1° del Artículo 48 de la C.P., (Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005), estableció:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

10. Derivándose de lo anterior que la fecha de vinculación del docente determina su régimen aplicable.

11. Bajo este mismo hilo argumentativo pero con el ánimo de unificar la jurisprudencia respecto a la forma como se deben liquidar las pensiones de jubilación de los docentes, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación en la materia de fecha 25 de abril de 2019², en la que estableció las siguientes subreglas:

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

*De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a **la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. César Palomino Cortés, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril de 2019, Radicación No. 680012333000201500569-01, No. Interno 0935-2017, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA	Página 13 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán	
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio	
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146

lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.” (Negrillas original).

12. Teniendo en cuenta esta reciente postura del Consejo de Estado, la que finaliza una divergencia de interpretaciones en la materia, el Tribunal acoge las reglas estipuladas en esta sentencia de unificación, respecto a la forma de aplicar el ingreso base de liquidación para los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y los vinculados con posterioridad a esta fecha.

13. Como la sentencia de unificación jurisprudencial es de obligatorio cumplimiento para las entidades administrativas (art. 10 Ley 1437 de 2011), y se convierte en parámetro legal de interpretación obligatorio para los jueces administrativos que asegura la unidad de interpretación del derecho, garantizando el derecho a la igualdad, su aplicación uniforme y garantía de los derechos de las partes, como lo prevé el artículo 256 de la ley 1437 de 2011, pues su desconocimiento es causa del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (Art. 258 ibídem), el Tribunal la acoge para el presente caso pues el tema objeto de discusión de la parte actora es similar al allí definido, sin que ello suponga una violación de los derechos de la accionante pues si bien este proceso judicial que fue radicado con anterioridad a dicha sentencia, en ella misma se establece que tiene efectos retrospectivos y que es obligatoria para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

14. La Sala considera que la aplicación de la sentencia de unificación, no vulnera los principios de confianza legítima y seguridad jurídica como, por cuanto la actora conserva el régimen de transición que regula la ley 812 de 2003, es decir se le respeta el régimen anterior contemplado en la ley 91 de 1989 que remite al régimen general

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 14 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

regulado en las leyes 33 y 62 de 1985 que textualmente establece que la pensión se debe liquidar con los factores sobre los cuales se efectuó los aportes a pensión.

15. La discusión respecto a los factores salariales constituye más un cambio de interpretación de la norma, pues con la sentencia del 25 de abril de 2019 simplemente se revaluó una postura que la sala plena del Consejo de Estado consideró que era desproporcional y desdibujaba la voluntad del legislador y adoptó una interpretación que considera además de ajustarse al texto mismo de la norma, también materializa en mayor medida los principios que subyacen al sistema pensional como la solidaridad y la sostenibilidad del mismo teniendo como derrotero la prevalencia del interés general y la protección de los derechos de los ciudadanos.

16. Si bien en el presente asunto la demanda fue presentada y decidida en primera instancia con base en una posición jurisprudencial diferente a la adoptada en la sentencia del 25 de agosto de 2019, esta última se profirió en ejercicio de la facultad del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, precisamente para unificar la interpretación de la norma en pro que no se siguieran profiriendo decisiones contradictorias en este asunto como venía ocurriendo en todos los distritos judiciales, siendo de obligatorio acatamiento para todos los jueces pues así lo consagra el CPACA y lo reitera el Consejo de Estado en dicha sentencia, en donde además se le otorga a la misma efectos retrospectivos para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

17. Así las cosas la Sala analizará en el caso concreto los factores que deben componer el ingreso base de liquidación, con la aclaración que no será exigible que la parte actora se pronuncie respecto de cada uno de los factores que pretende se le incluyan y pruebe si sobre estos efectuó o no cotizaciones al sistema pensional, **pues precisamente al solicitar la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, la parte actora está pretendiendo que se le tengan en cuenta todos los factores salariales devengados independientemente de si sobre ellos efectuó o no aportes al sistema.**

18. Además porque la Sala considera que no debe trasladarse al pensionado la carga de probar las cotizaciones o aportes efectuados al sistema pensional sobre los factores salariales que pretende se le incluyan, por cuanto solamente componen el ingreso base de liquidación los factores establecidos en la ley 62 de 1985 o creados en normas posteriores en donde se establezca que constituyen factor salarial para estos efectos, de tal suerte que los factores enlistados en



la ley 62 de 1985 o los creados en normas posteriores, son los factores sobre los cuales **por mandato legal** debieron haberse efectuado las cotizaciones para pensión, y el hecho de no haberse probado que se efectuaron los aportes no constituye un argumento jurídico para negar su inclusión, pues precisamente por estar enlistado en la ley debe ser incluido, y en caso de no haberse realizado, lo que se desconoce en este proceso, la entidad demandada puede descontar los aportes sobre estos factores.

9.3.2. Los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

19. La Ley 812 de 2003 (vigente a partir del 27 de junio de 2003), estableció en el inciso primero del artículo 81 que *“El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.”*

20. Así mismo dispuso que el **régimen de cotización** de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y en tales términos estipuló en sus incisos 3° y 4° que *“Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.” (Negrillas propias).

21. Al estudiar este inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la Corte Constitucional lo declaró exequible en el entendido que *“...una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la*



cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.³ (Subrayas y negrilla fuera de texto).

22. Así las cosas, a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003, el **régimen de cotización** de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el establecido en las leyes 100 de 1993 y 793 de 2003, es decir que para nada interesa que los docentes sean de régimen especial, sino que quedaron igualados a los demás pensionados, para efectos de cotizar al sistema de salud.

23. En cuanto al valor de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, es el establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 (en 12%), con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007 (en 12.5%), y la Ley 1250 de 2008 (12%).

24. Ahora bien, desde el Decreto 1073⁴ del 24 de mayo de 2002, Parágrafo⁵ del artículo primero se traía la prohibición de realizar descuentos en las mesadas pensionales adicionales (establecidas en los artículos 50 (-mesada adicional diciembre- y 142 –mesada adicional de junio-, de la ley 100 de 1993).

25. En providencia emitida el 9 de febrero de 2006, el Consejo de Estado indicó:

*“En consecuencia de la mesada de diciembre a la que se refiere el art. 50 de la Ley 100 de 1993, **no puede ser descontada suma alguna de acuerdo con los arts. 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.** Por lo tanto, este “nuevo” cargo no prospera.*

-) Respecto a la prohibición de efectuar **“descuentos” en relación con la MESADA PENSIONAL ADICIONAL DEL MES DE JUNIO (del art. 142 de la Ley 100 /93)** cabe resaltar que se hallan providencias con decisiones no acordes. Pero, se observa que en la **Sentencia de Febrero 03 /05** de esta Sección, Exp. No. 3166 /02, (notificada en julio 15 /05) se decidió **ANULAR PARCIALMENTE EL PARÁGRAFO DEL ART. 1º. DEL DCTO. 1073 /02 en cuanto prohibió efectuar descuentos sobre la mesada pensional adicional de junio, debido a que no encontró norma legal que así lo dispusiera.** En esas condiciones, la actual controversia sobre la limitación citada de la MESADA PENSIONAL ADICIONAL DE JUNIO debe resolverse estándose a lo resuelto en la precitada sentencia.

En resumen, la Sala se estará a lo resuelto en las sentencias del 9 de septiembre 2004, 3 de febrero de 2005 y julio 14 de 2005 de la Sección Segunda de esta Corporación, Radicaciones Nos. 4560-02, 3166-02 y 4558-02 en su orden, en todos los casos con Ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Ahora, se ADICIONARÁ el proveído en el en el sentido de denegar la pretensión anulatoria frente al “nuevo” cargo fundado en la violación del art. 1606 del C.C.; esta decisión es compatible con la “anterior” debido a que tal cargo no había sido analizado en las sentencias citadas”⁶.

³ Sentencia C-369 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Bogotá, 27 de abril de 2004.

⁴ por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media.

⁵ Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de febrero de 2006. Exp. No. 1255-03- Con. Pon. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 17 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

26. Con ésta decisión quedó establecido que era posible hacer descuentos en la mesada pensional adicional de junio y así lo vino estableciendo la Sala; sin embargo, en decisión del 29 de marzo de 2017 de la Sala Cuarta⁷, al reestudiar el tema y dado el salvamento de voto que venía haciendo el Dr. Jorge Alirio Corte Soto, el tribunal replanteó el anterior análisis y **determinó que sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes pensionados no son susceptibles a que se realicen descuentos para salud**, al estar regidas por el régimen general del artículo 204 de la ley 100 de 1993 y el 1° de la ley 250 de 2008.

27. Lo anterior, porque en las sentencias expedidas por el Consejo de Estado (del 9 de febrero de 2006 y las allí aludidas), no confrontó el decreto demandado (1073 de 2002) con la ley 812 de 2003 ni se tuvo en cuenta la exequibilidad del artículo 81 de esta ley (en lo referente con el régimen de descuentos a salud) y porque por mandato legal y así lo indicó la Corte Constitucional, en este aspecto, los docentes pensionados fueron equiparados a los del régimen común.

28. Estableciéndose por parte de la Sala del Tribunal que “En ese orden de ideas, es menester colegir, que el precepto consagrado en el inciso segundo del artículo 204 inciso segundo (adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 de 2008)⁸; el cual establece que “La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional,...”; se debe entender sobre la mesada ordinaria, y no sobre la mesada adicional de junio y diciembre. Diferencia que sí se conserva en los artículos 50 y 142 del mismo compendio normativo. De suerte que el descuento que se ha venido realizando carece de sustento legal” (subrayas originales).

9.3.3. Del caso concreto.

29. La señora María del Carmen Montealegre Guzmán se vinculó como docente oficial a partir del 7 de febrero de 1983 (fl. 16), esto es antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y en consecuencia aun cuando hubiere adquirido el status pensional en vigencia de la mencionada ley 812 de 2003, el régimen aplicable para el reconocimiento de la pensión es la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año y los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo, considerando esta Sala que si la norma que crea determinado concepto indica que este constituye factor salarial para efectos pensionales, también se debe incluir en el ingreso base de liquidación.

⁷ Sala Cuarta de Decisión, sentencia del 29 de marzo de 2017. Radicación: 410013333004 2014-00520. Actor: Jaime Losada Quintero. Demandado: Nación –Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁸ “La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008.” (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009).

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 18 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

como es el caso de la bonificación mensual reconocida en el decreto 1566 de 2014 y en los decretos que crean bonificaciones mensuales como factor salarial para todos los efectos legales, como lo estableció el Consejo de Estado en sentencia del 31 de octubre de 2019⁹.

30. A la accionante le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación a través de la resolución 270 del 26 de enero de 2016 en cuantía mensual de \$2.358.117 efectiva a partir del 27 de junio de 2015, mesada pensional que corresponde al 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al status incluyendo como factor salarial: asignación básica, 1/12 prima de navidad, 1/12 prima de vacaciones. En esta resolución se indica que adquirió el status de jubilada el 26 de junio de 2015 (fl. 16 a 18).

31. Mediante petición del 22 de agosto de 2016 la parte actora solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reajuste la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados; además que cese el descuento del 12% en salud a las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre (fl. 23 a 25). Decisión que fue negada mediante acto administrativo No. 2016RE7952 del 12 de septiembre de 2016 (fl. 13 a 15).

32. Durante el último año de servicio anterior al status de jubilada comprendido entre el 26 de junio de 2014 al 25 de junio de 2015 la accionante devengó los factores salariales de: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes, conforme a los comprobantes de pago expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 21 a 22).

33. Como quiera que los factores que no fueron incluidos por la entidad demandada en la resolución de reconocimiento pensional, esto es, la prima de servicios, y que la accionante pretende se le incluya, no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985 y la norma que los creó tampoco establece que constituyan factor salarial para efectos pensionales, aunado a que la accionante tampoco devengó otro concepto que la norma haya establecido que constituye factor salarial para pensión, conforme a la sentencia de unificación ya citada, por lo que no puede ordenarse su inclusión en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, razón por la que no hay lugar a acceder a dicha pretensión.

34. En lo relacionado con el cese y devolución del 12% en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, a la demandante María del Carmen Montealegre Guzmán en la resolución que le reconoció la

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019. C.P. Rocío Araujo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2019-04192-00. Demandante: Jesús Antonio Rave.



pensión vitalicia de jubilación, por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl.16 a 18), se indica se encuentra afiliada al mismo y lo estaba a la fecha en que adquirió el status de pensionada, esto es el 26 de junio de 2015.

35. A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que le es aplicable la ley 1122 de 2007¹⁰, esta última incrementó el descuento para salud en un 12,5%, por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 81 de la ley 812 de 2003, y el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, era viable que la entidad demandada, en la resolución que le reconoció la pensión de jubilación, ordenará el descuento del 12% sobre la mesada pensional, pero no sobre las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre, tal como quedó establecido en líneas anteriores.

36. Como a la demandante le es aplicable el régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989, toda vez que se vinculó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), **su régimen de cotización** es el establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, las cuales prohíben el descuento como aportes a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, por lo que se ordenará a la demandada suspender estos descuentos y devolver los dineros que sobre tales mesadas adicionales haya retenido.

9.3.4. Prescripción Trienal.

37. Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 señalan que los derechos laborales prescriben en tres años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible y el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

38. En el presente asunto se acreditó que la demandante María del Carmen Montealegre Guzmán adquirió el estatus pensional a partir del 26 de junio de 2015 mediante Resolución No. 270 del 26 de enero de 2016 (fl.17 a 19) y presentó solicitud de devolución de los descuentos realizados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre el 22 de agosto de 2016, se interrumpió la prescripción antes señalada y la

¹⁰ "Artículo 10. Modificase el inciso 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo...".



demanda la interpuso dentro de los 3 años siguientes (12 de octubre de 2016) por lo que no operó el fenómeno de la prescripción

39. Por tales razones, se revocará la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2017 respecto de la cesación de los descuentos en salud sobre mesadas adicionales de junio y diciembre, en consecuencia se declarará la nulidad parcial de la resolución 270 del 26 de enero de 2016 por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación de la docente María del Carmen Montealegre Guzmán; y el acto administrativo No. 2016RE7952 del 12 de septiembre de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación y la cesación de los descuentos en salud sobre mesadas adicionales de junio y diciembre.

40. A título de Restablecimiento del Derecho se le ordenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, **SUSPENDA** los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino a financiar el servicio de salud, y se le condenará a **DEVOLVER** las sumas de dinero que ha descontado de las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de la señora María del Carmen Montealegre Guzmán por concepto de aporte a salud, desde el 26 de junio de 2015.

41. El valor que se ordena sea devuelto a la demandante deberá ser ajustado en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

42. Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se hizo cada descuento

43. Se Confirmará en todo lo demás, la sentencia recurrida.

10. CONDENA EN COSTAS

44. Esta Sala acoge el criterio objetivo-valorativo para la imposición de las costas adoptada por la subsección A de la Sección Segunda del



Consejo de Estado¹¹, y como quiera que la controversia giró en torno a un asunto de interés particular y se revocará la sentencia de primera instancia, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del CGP, y en armonía con lo consagrado en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹², como agencias en derecho de ésta instancia se fija la suma de un (1) Salario mínimo legal mensual vigente.

11. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila Sala Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCAR el fallo de fecha 28 de septiembre de 2017 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva.

En su lugar:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la resolución 270 del 26 de enero de 2016 por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación de la docente **María del Carmen Montealegre Guzmán**; y el acto administrativo No. 2016RE7952 del 12 de septiembre de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación y la cesación de los descuentos en salud sobre mesadas adicionales de junio y diciembre, en cuanto a ésta última negativa.

SEGUNDO: ORDENAR, a título de Restablecimiento del Derecho a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a **SUSPENDA** los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino a financiar el servicio de salud, y se le **CONDENA a devolver** las sumas de dinero que ha descontado de las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de la señora María del Carmen Montealegre Guzmán por concepto de aporte a salud, desde el 26 de junio de 2015.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 41001-23-33-000-2016-00185-01. No. Interno: 2526-2017. Demandante: Blanca Helena Rujana Castro.

¹² "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho".

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 22 de 22
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante: María del Carmen Montealegre Guzmán		
	Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio		
	Radicación: 41 001 33 33 005 2016 00387 01	Rad. Interna. 2017-0146	

El valor que se ordena sea devuelto a la demandante deberá ser ajustado en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se hizo cada descuento

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la entidad demandada. Fíjase como agencias en derecho en esta instancia el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: Aceptar la renuncia al poder presentada por el abogado Michael Andrés Vega Devia apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al memorial visible a folios 23 a 24 del cuaderno de segunda instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

Notifíquese y cúmplase.



ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Magistrado



RAMIRO APONTE PINO
Magistrado



JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Magistrado